

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ. ГОСУДАРСТВО И ПРАВО ЗА РУБЕЖОМ

*А.А. Петруша**

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОФЕРТЫ И АКЦЕПТА В РОССИИ И США ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ДОГОВОРА МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ТОВАРОВ

Ключевые слова: договор международной купли-продажи товаров, определенность оферты, открытые условия договора, битва форм, акцепт на дополнительных условиях.

A.A. Petrusha. Legal Regulation of an Offer and an Acceptance According to Russian and US Laws to Conclude a Contract for International Sale of Goods

The author of the article examined the legal regulation of the conclusion of a contract for international sale of goods, governed by law of the United States of America, while the parties to such contract are Russian and US business partners. In respect of the provisions governing the conclusion of a contract for international sale of goods, the comparative analysis of Russian, US laws and Vienna Convention of 1980 was conducted. The author highlights the ways of making a contract for sale of goods set out in US law, and the application of which ways may result in 'defective relations,' as the contract for international sale of goods, a party to which is a Russian business partner, is required to be made in written form. The issue of definiteness of an offer, whether the offer should include all material conditions of a contract for international sale of goods and whether the contract is made, when the material conditions may only be determined, was also examined in the article. The possibility of additional or different terms in an acceptance to conclude a valid contract for the international sale of goods was analyzed. The article determines whether a contract for international sale of goods takes place, if an acceptance includes the terms, which materially alter an offer; in accordance with US law or Vienna Convention of 1980. The article includes the analysis conducted in order to determine which terms of an acceptance materially alter an offer, while creating a contract for international sales of goods.

Большая часть торгового оборота России осуществляется на основе договоров международной купли-продажи товаров¹. В мировой практике существуют различные подходы к регулированию сделок купли-продажи. Одним из основных отличий англо-американской и континентально-европейской правовых систем является регулирование именно процесса заключения договора (определения момента заключения договора, формы и содержания оферты и акцепта). В настоя-

* Аспирант Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина. [salve77@yandex.ru]

¹ См., например: *Николюкин С.В.* Купля-продажа товаров во внешнеторговом обороте: учеб. пос. М., 2010. С. 3.

шей статье проводится анализ регулирования заключения договора международной купли-продажи товаров по американскому праву, если заключение договора происходит посредством обмена офертой и акцептом, и выявление основных отличий в регулировании по российскому праву, а также в соответствии с основным источником материального права в сфере договоров международной купли-продажи товаров – Венской конвенцией 1980 г. (далее – Венская конвенция).

Для целей исследования смоделируем ситуацию: американская и российская компании заключают договор международной купли-продажи товаров и в качестве применимого к договору выбирают американское право (право какого-либо штата США), исключая действие Венской конвенции². Рассмотрим регулирование данных отношений на этапе заключения договора.

Итак, поскольку стороны выбрали американское право в качестве применимого к договору, для успешной реализации трансграничных договорных отношений необходимо знание основных отличий регулирования договора международной купли-продажи в американском праве по сравнению с российским правом и Венской конвенцией³. Как справедливо подчеркивает В.А. Канашевский, особую сложность для российских судов при применении к внешнеэкономическому договору иностранного права представляют правовые системы стран англо-американского права⁴.

Как известно, в США существует правовая система федерального уровня и пятьдесят самостоятельных правовых систем на уровне штатов. Тем не менее основным сводом правил для торговых и иных предпринимательских отношений является Единообразный торговый кодекс США (далее – ЕТК), его официальные постоянно обновляемые редакции служат основой торговых кодексов штатов. ЕТК, являясь модельным законом, не имеет непосредственного действия на всей территории США, его нормы имеют силу лишь в том случае, если он принят в качестве закона в конкретном штате.

Статья 2 ЕТК посвящена регулированию отношений купли-продажи. Первоначально ст. 2 вступила в силу в 1957 г., затем была изменена в 1958 и в 1962 гг.

² Поскольку в заданных условиях коммерческие предприятия контрагентов по договору международной купли-продажи товаров находятся в России и США, договор автоматически подпадает под регулирование Венской конвенции 1980 г. (пп. «а» п. 1 ст. 1 Венской конвенции), так как и Россия, и США являются участниками Конвенции. Однако на основании ст. 6 Венской конвенции стороны могут исключить применение Конвенции к их отношениям или отступить от любого из ее положений, или изменить его действие.

³ Хотя стороны в смоделированной ситуации и исключили действие Венской конвенции, однако, ввиду того, что Конвенция явилась результатом компромисса между континентально-европейской и англо-американской системами права, в нашем исследовании проводится сравнительный анализ не только норм американского и российского права, но и Венской конвенции. Это позволит иметь более полную информацию по исследуемым вопросам и предоставит контрагентам возможность осознанного выбора того или иного права для регулирования договора международной купли-продажи.

⁴ См.: *Канашевский В.А.* Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008. С. 201.

Редакция статьи от 1962 г. была одобрена во всех штатах, за исключением штата Луизиана (который вообще не принял ст. 2 ЕТК). С 1989 по 2003 гг. статья пересматривалась, и в 2003 г. вышла ее новая редакция. Однако, поскольку ни один из штатов не принял редакции от 2003 г., в настоящий момент действует редакция статьи от 1962 г.

В ЕТК также содержатся и некоторые положения коллизионного регулирования. Так, в п. 1 ст. 1-105 ЕТК закреплён принцип автономии воли сторон: «... когда сделка имеет разумную связь с настоящим штатом, а также с другим штатом или государством, стороны могут договориться, что право либо настоящего штата либо другого штата или государства должно регулировать их права и обязанности. При отсутствии соглашения сторон ЕТК применяется к сделкам, имеющим достаточную связь с данным штатом».

Наиболее важным консолидированным актом США в области конфликтного права считается Свод правил о конфликте законов (второй)⁵ в редакции 1971 г. (далее – Свод правил о конфликте законов). В Своде правил о конфликте законов в отношении автономии воли сторон предусматривается, что «право государства, избранное сторонами, будет применяться для разрешения спорного вопроса, если этот вопрос может быть решен посредством того, что стороны в договоре прямо отнесли его к разрешению именно этим правом» (п. 1 § 187). В противном случае (если спорный вопрос не может быть разрешен отдельным соглашением сторон), избранное сторонами право также будет применяться для разрешения спорного вопроса, кроме случаев, если «государство избранного права не имеет существенной связи (*substantial relationship*) ни со сторонами, ни со сделкой, и нет другого разумного основания для выбора сторон» (пп. «а» п. 2 § 187)⁶.

Следует учитывать коллизионные нормы, закреплённые в ст. 1-105 ЕТК и в § 187 Свода правил о конфликте законов, при выборе американского права в качестве применимого, поскольку американский суд может посчитать, что договор не имеет существенной связи с правом США, и не применить избранное сторонами право для регулирования возникающих из договора спорных вопросов. В данном случае невозможно предвосхитить решение американского суда⁷. Как отмечает Ю.Э. Монастырский, в коллизионном регулировании США «много парадоксального и противоречивого»: «Анализ судебной практики США показывает, что в ряде случаев в отсутствие оговорки о преимуществе волеизъявления сторон суд разрешал дело именно на его основе, и, наоборот,

⁵ Restatement of the Law of Conflict of Laws (Second), 1971 г. – авторитетное руководящее изложение основных правил коллизионного регулирования. Американский институт права разработал серию систематизаций (Restatements of the Law), имеющих рекомендательное значение и представляющих собой сборники правовых принципов, правил и обычаев, разработанных для лучшего понимания права судьями и другими юристами.

⁶ Restatement of the Law of Conflict of Laws (Second), 1971 г.

⁷ Как уже отмечалось, в США каждый штат имеет свою систему коллизионных норм, и эти системы не являются идентичными друг другу.

при наличии нормативного установления о приоритете автономии воли суд не придавал никакого значения реальной письменной договоренности сторон»⁸.

Выбор сторонами американского права в качестве применимого к договору не означает, что данное право будет регулировать абсолютно все вопросы, возникающие в связи со сделкой купли-продажи. Выбранное сторонами право будет регулировать только обязательственный статут сделки. Так, сфера действия права, подлежащего применению к договору, определена в ст. 1215 ГК РФ, в которой не указано, что процесс заключения договора будет также регулироваться правом, избранным сторонами. Однако, как справедливо отмечает В.А. Канашевский: «В настоящее время большинство судей и арбитров применяют к вопросам заключения договора право, применимое к самому договору, точнее – право, которое должно регулировать договор, если бы он считался заключенным (так называемое предположительно применимое право – *putative proper law*)». Таким образом, согласно отечественной правовой доктрине, и российский суд, и американский, в случае возникновения спора в отношении того, был ли заключен договор или нет, скорее всего будет руководствоваться правом, применимым к самому договору.

Рассмотрим форму заключения договора международной купли-продажи товаров. Регулирование формы договора купли-продажи в американском праве раскрывается в ст. 2-201 ЕТК, которая называется также «Статут о мошенничестве» (*statute of frauds*)⁹. *Согласно данной статье, договор на сумму свыше 500 долларов¹⁰ должен быть заключен в письменной форме. Если договор в письменной форме не был составлен, для подтверждения того, что договор имел место, может служить документ, свидетельствующий о его заключении (письменное подтверждение – written confirmation)*, с обязательной подписью той стороны, к которой в последующем предъявляются иски требования. В любом случае в документе обязательно указание на количество товара¹¹, в

⁸ *Монастырский Ю.Э.* Господствующие доктрины коллизионного права США: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 25.

⁹ Все штаты США (за исключением Луизианы) одобрили форму заключения договора, предусмотренную английским Статутом о мошенничестве 1677 г. (в российской правовой доктрине также встречается название «Статут об обманных действиях», далее – Статут). Этот акт требует, чтобы отдельные виды договоров заключались в письменной форме для того, чтобы считались действительными. Основная цель Статута заключается в том, чтобы связать возможность принудительного исполнения определенных видов договоров с доказательством их существования. Нормы Статута были инкорпорированы в ст. 2-201 ЕТК.

¹⁰ В 2003 г. ст. 2-201 была изменена, и порог материальности был повышен до 5 000 долларов США, однако, как уже отмечалось, ни один из штатов не принял в настоящий момент новой редакции ЕТК.

¹¹ Согласно официальным комментариям к ЕТК, документ, свидетельствующий о заключении договора, может не содержать все существенные условия договора, в нем даже может быть не указано, какая из сторон является покупателем, а какая – продавцом. Единственное условие, которое должно быть прописано – это количество товара, которое также может быть неточным, однако возмещение вреда при этом будет ограничено количеством товара, указанному в таком документе.

противном случае договор признается неисполнимым (*unenforceable*)¹². Таким образом, нет необходимости в составлении отдельного письменного договора¹³. Если существует документ, на основании которого можно заключить, что договор был составлен с указанием на количество товара, являющегося предметом сделки, и этот документ подписан той стороной, против которой обращено требование о принудительном исполнении, считается, что письменная форма была соблюдена¹⁴. Отношения между сторонами приобретают юридическую силу, если письменное подтверждение о существовании договора «было получено в течение разумного срока» и если «в течение десяти дней после его получения не было направлено письменное возражение относительно его содержания».

Однако в американском праве существуют исключения из Статута о мошенничестве. Так, договор считается заключенным, даже если не соблюдены требования ст. 2-201 ЕТК, если речь идет о специально произведенных товарах, непригодных для продажи третьим лицам, если продавец уже существенно начал их изготавливать или заключил договор по приобретению таких товаров. Аналогичное исключение к Статуту о мошенничестве сделано в отношении договоров, существование которых сторона признает при свидетельских показаниях в суде или в процессе судебных слушаний.

Также, согласно американскому праву, о заключении договора международной купли-продажи товаров могут свидетельствовать действия по принятию договора к исполнению (например, оплата или получение и принятие товара и т.д.)¹⁵.

В отличие от американского права, согласно п. 3 ст. 162 и п. 2 ст. 1209 ГК РФ, договор международной купли-продажи может быть заключен только в письменной форме. Несоблюдение простой письменной формы договора международной купли-продажи товаров влечет недействительность сделки купли-продажи¹⁶. Данная норма является свехимперативной, поэтому даже при выборе американского права в качестве применимого и исключения действия Венской конвенции внешнеэкономический договор должен быть составлен в письменной форме. Толкование того, что понимается под письменной формой договора в российском праве, отличается от закрепленного в американском праве, где, как указывалось ранее, считается, что письменная форма договора купли-продажи была соблюдена, в том числе если существует документ, свидетельствующий о заключении

¹² Согласно американской правовой доктрине неисполнимый договор (*unenforceable agreement*) не является ничтожным, однако он не может быть принудительно исполнен в судебном порядке. Таким образом, невыполнение требований ст. 2-201 ЕТК не делает договор недействительным, а лишь неисполнимым.

¹³ См., например: *Бернам У.* Правовая система США. 3-й вып. М., 2006. С. 662.

¹⁴ См.: Там же.

¹⁵ См об этом: *Di Matteo L.A.* The Law of International Contracting. The Hague, 2000. P. 211.

¹⁶ Следует отметить, что согласно Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, правило п. 3 ст. 162 ГК РФ о недействительности внешнеэкономической сделки, заключенной без соблюдения простой письменной формы, предлагается отменить.

договора, и единственным требованием к этому документу (помимо подписи стороны, против которой обращено требование о принудительном исполнении) является наличие условия о количестве товара (ст. 2-201 ЕТК).

Также, согласно ГК РФ и Венской конвенции (соответственно п. 2 ст. 438 и п. 1 ст. 18), молчание или бездействие адресата оферты само по себе не является акцептом в отличие от американского права, согласно которому договор считается заключенным, если акцептант не направит свои возражения в течение 10 дней (как отмечалось ранее). Кроме того, совершение акцепта путем конклюдентных действий (например, если акцептант оплачивает или принимает товар), согласно ГК РФ, исключается, как уже отмечалось, ввиду сверхимперативности нормы о письменной форме внешнеэкономической сделки (п. 3 ст. 162 и п. 2 ст. 1209).

Так, разрешая спор между российской организацией и фирмой из США (дело № 107/2002, решение от 16 февраля 2004 г.), состав МКАС отметил, что устная договоренность сторон о направлении продавцом покупателю до отгрузки товара ее опытной партии для тестирования не имела юридической силы, поскольку в силу Венской конвенции (ст. 12 и ст. 96) и ГК РФ (п. 3 ст. 162) внешнеэкономический договор, в котором участвует российская организация, возможен только в письменной форме¹⁷.

Возникает вопрос, будет ли американский суд принимать во внимание сверхимперативную норму российского права о письменной форме внешнеэкономической сделки.

Свод правил о конфликте законов допускает применение императивных норм государства, которое имеет «существенно больший интерес в регулировании спорного вопроса», чем нормы права государства, избранного сторонами или установленного судом. В § 187 (пп. «b» п. 2) указывается, что если спорный вопрос не может быть разрешен отдельным соглашением сторон, то избранное сторонами право не применяется, если «его применение будет противоречить основополагающей политике (*fundamental policy*)»¹⁸ государства, которое имеет существенно больший интерес в регулировании спорного вопроса, чем выбранное государство, и которое на основании § 188 в отсутствие выбора между сторонами права будет государством, чье право применяется к договору».

Таким образом, согласно второму Своду правил о конфликте законов, если бы стороны не выбрали применимое право к договору международной купли-продажи и согласно американским коллизионным нормам применялось бы российское право, наиболее вероятно, что американский суд будет учитывать сверхимперативную норму российского права о письменной форме внешнеэкономической сделки.

¹⁷ См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2004 г. / сост. М.Г. Розенберг. М., 2005. С. 48–57.

¹⁸ Американская правовая доктрина не разделяет нормы на императивные и диспозитивные. В § 187 Свода правил о конфликте законов указывается только, что такие нормы должны быть выражением основополагающей политики государства. Таким образом, политика государства, чьи нормы будут применяться на основе этого правила, может иметь не такое «жизненно-важное» значение, как та, которая защищена посредством императивных норм.

В противном случае возникает ситуация «хромающих» отношений¹⁹, когда, согласно российскому праву, международный договор купли-продажи считается незаключенным ввиду отсутствия его письменной формы, а согласно американскому праву – заключенным (например, в случае акцепта конклюдентными действиями).

Поэтому для успешной реализации трансграничных отношений, в случае выбора сторонами американского права при заключении договора и отказа от регулирования договора Венской конвенцией, заключение внешнеэкономического договора с участием российской стороны должно происходить посредством обмена акцептом и офертой, составленными в письменной форме, либо посредством составления единого документа, подписанного сторонами.

Рассмотрим процесс заключения договора международной купли-продажи товаров путем обмена офертой и акцептом. Как отмечает Н.И. Красноярова, в международном обороте обмен офертой и акцептом «не является устаревшим способом заключения соглашений», о чем свидетельствует судебная практика по разрешению споров²⁰. При определении содержания оферты значимыми являются следующие вопросы: должна ли оферта включать все существенные условия договора, и если нет, то насколько оферта должна быть определенной.

С позиций американского права оферта должна быть настолько определенной, чтобы суд мог определить реальное намерение сторон. В п. 1 ст. 2-204 ЕТК предусматривается, что условия будущего соглашения должны быть указаны с достаточной определенностью в оферте. Однако «даже если одно или более условий договора остались открытыми, это не означает неопределенности оферты в случае, если стороны намеревались заключить договор, и существует разумно определенное основание для того, чтобы предоставить соответствующее средство судебной защиты» (п. 3 ст. 2-204 ЕТК)²¹.

В настоящее время тенденцией американского права является уклон в сторону все большей неопределенности оферты, все большей открытости ее условий. В ЕТК и во втором Своде правил о договорах (*Restatement (Second) of the Law of Contracts*) 1981 г. предусматриваются различные способы²² восполнить пробелы условий в оферте (посредством использования принципов добросовестности и коммерческой обоснованности)²³.

¹⁹ Хромающие отношения – это отношения, которые пользуются правовой защитой в одном государстве и не получают ее в другом.

²⁰ См.: Красноярова Н.И. Гармонизация норм Гражданского кодекса РФ о заключении и изменении внешнеэкономических договоров // Современное право. 2010. № 10. С. 60–63.

²¹ См., например: *Resseguie D.* New York Commercial Law. 2011 Edition. New York, 2010.

²² Любые отсутствующие в договоре условия восполняются предусмотренными в ЕТК диспозитивными условиями, основанными на распространенной торговой практике, целью которых является устранение пробелов в договоре (*gap-filler default terms*). Так, в 3-й части ст. 2 ЕТК содержатся нормы для восполнения пробелов по условиям о месте поставки, цене, сроке исполнения обязательств по договору и др.

²³ См.: *Barnes A.J., Morehead Dworkin T., Richards E.L.* Law for Business. Tenth Edition. New York, 2009. P.183.

Таким образом, в американском праве предусматривается, что оферта должна быть не столько определенной, сколько определенной, и в случае возникновения спора суд будет толковать и содержание предложения, и поведение сторон. Из содержания предложения и поведения сторон будет сделан вывод, является ли данное предложение офертой, или оно таковой не является. При этом, чем больше условий стороны оставят несогласованными, тем меньше вероятность того, что суд, рассматривая спор, посчитает, что стороны намеревались заключить обязывающее их соглашение, если иное не вытекает из подтверждающих их намерение действий.

В отличие от американского права, в соответствии со ст. 435 ГК РФ оферта должна быть достаточно определенной, т.е. содержать все существенные условия договора. Достаточная определенность оферты, согласно ГК РФ, предполагает, что из нее адресат способен сделать правильный вывод о воле оферента. Любая неопределенность в отношении различных элементов будущего договора – указания сторон, их прав и обязанностей, предмета договора – может привести к различному пониманию содержания оферты, что повлечет за собой утрату офертой своего назначения²⁴. Как указывает Л. Эннексерус, смысл этого требования к оферте заключается в том, что «она должна быть настолько определенной, чтобы можно было путем ее принятия достигнуть соглашения обо всем договоре»²⁵.

Согласно Венской конвенции (ст. 14): «Предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким лицам, является офертой, если оно достаточно определенно и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта». Таким образом, предложение должно быть достаточно определенным и содержать те условия («обозначен товар и прямо или косвенно устанавливаются количество и цена либо предусматривается порядок их определения»), без которых договор не может считаться заключенным²⁶.

Можно констатировать, что подход, отраженный в американском праве по вопросам содержания оферты, значительно отличается от подхода, закрепленного в российском праве и Венской конвенции. Однако согласно и американскому (п. 1 ст. 2-201 ЕТК), и российскому праву (п. 3 ст. 455) договор международной купли-продажи должен содержать условие о наименовании товара и его количестве²⁷. В противном случае договор международной купли-продажи

²⁴ См.: Комментарий к ч. 1 ГК РФ для предпринимателей. М., 1995. С. 244.

²⁵ См: Эннексерус Л. Гражданское право. Т. 1. Полутом 2. М., 1950. С. 175.

²⁶ См.: *Леонова Е.В.* Международный договор купли-продажи: Заключение и содержание: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002. С. 16–17.

²⁷ По вопросу о том, является ли согласно ГК РФ срок исполнения обязательства по поставке товара существенным условием договора поставки, в российской судебной практике существуют несколько позиций. Для избежания возможности признания судом договора международной купли-продажи незаключенным, при том, что стороны избрали российское право в качестве применимого к договору, по нашему мнению, контрагентам следует указывать в таком договоре срок поставки товара.

товаров будет считаться либо неисполнимым согласно американскому праву, либо незаключенным согласно российскому праву. Однако, если, согласно ГК РФ (п. 1 ст. 432), стороны должны договориться обо всех существенных условиях договора (в том числе о тех, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение), то по американскому праву все условия договора, кроме наименования товара и его количества, могут оставаться открытыми.

Следовательно, если в смоделированной нами ситуации контрагент из России настаивает на том, чтобы цена товара была согласована, и для него это является существенным условием договора международной купли-продажи, и стороны не смогли договориться о цене, договор по американскому праву тем не менее будет признаваться заключенным (при условии соблюдения п. 1 и 3 ст. 2-201, а также п. 1 ст. 2-204 ЕТК).

Еще одной особенностью американского договорного права, на которую важно обратить внимание, является подход к требованию о содержании акцепта для заключения договора. Ключевым является вопрос, может ли акцепт иметь отличные от оферты или дополнительные к ней условия. Решению данного вопроса посвящена ст. 2-207 ЕТК. В ст. 2-207 ЕТК регулируются отношения сторон в ситуации, когда договор заключается путем обмена между сторонами проформами (типовыми бланками, формулярами) в качестве соответственно оферты и акцепта. Обмен между сторонами проформами, в которых содержатся отличные или дополнительные условия, в американской правовой доктрине называют «битвой форм» (*Battle of the Forms*). Очень часто в торговой практике договор международной купли-продажи товаров заключается посредством обмена между сторонами проформами в качестве соответственно оферты и акцепта. Споры на основе конфликта²⁸ между условиями, содержащимися в проформах, возникают нечасто, однако, когда такие споры возникают, их очень сложно разрешить²⁹.

В 2003 году ст. 2-207 ЕТК была изменена новая редакция статьи, которая относится к заключению договора купли-продажи не только при «битве форм», но и в любых других случаях, когда между сторонами происходит обмен акцептом и офертой. Согласно новой редакции данной статьи³⁰, если договор заключается посредством обмена офертой и акцептом, условиями договора будут считаться условия, о которых стороны договорились. Однако, поскольку в на-

²⁸ Подробнее о различных материально-правовых подходах к решению конфликта проформ см.: *Dannemann G. The "Battle of the Forms" and the Conflict of Laws // Lex Mercatoria: Essays on International Commercial Law in Honour of Francis Reynolds / ed. by F. Rose. LLP, 2000. P. 200–206; Кучер А.Н. Теория и практика преддоговорного этапа: юридический аспект. М., 2005. С. 182–186.*

²⁹ См.: *Maria del Pilar Perales Viscasillas. "Battle of the Forms" Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles, 1998.*

³⁰ Uniform Commercial Code.

стоящее время ни один из штатов не принял новой версии ст. 2-207, далее по тексту статьи рассматривается предыдущая и до сих пор действующая во всех штатах, принявших ст. 2 ЕТК, версия.

Итак, согласно п. 1 ст. 2-207 ЕТК «определенный и вовремя сделанный ответ на оферту, имеющий целью служить акцептом, или письменное подтверждение (*written confirmation*³¹), присланное в течение разумного времени, признается акцептом, даже если содержит дополнительные или отличные от оферты условия, кроме случаев, если акцепт поставлен под условие, что оферент должен дать согласие на такие дополнительные или отличные условия». Следовательно, ЕТК не закрепляет правило общего права (*common law*) о «зеркальном отражении» (*mirror image rule*), согласно которому акцепт должен быть зеркальным отражением оферты.

Таким образом, акцепт на отличных или дополнительных условиях, согласно американскому праву, возможен, и договор считается заключенным. Единственное исключение из этого правила касается случаев, когда акцепт ставится под условием, что оферент должен дать согласие на отличные или дополнительные условия, содержащиеся в акцепте. В этом случае договор считается незаключенным. Итак, если акцепт не ставится под условием, и договор признается заключенным, то возникает вопрос, включаются ли отличные или дополнительные условия, содержащиеся в акцепте, в договор?

В зависимости от того, как решается вопрос конфликта проформ, и должны ли включаться отличные или дополнительные к оферте условия, содержащиеся в акцепте, в договор, в правовой доктрине принято различать три теории:

1) теория «последнего выстрела» (последнего слова) (*last shot rule*), согласно которой применяются условия последней проформы³². Позитивный эффект этой теории заключается в том, что она очень легко применяется на практике, поскольку показывает действительный результат волеизъявлений сторон признать условия именно последней проформы условиями, включающимися в договор. Однако очень часто эта ситуация приводит к эффекту «пинг-понга», поскольку каждая из сторон, зная это правило, старается, чтобы именно ее проформа была последней, что приводит к большому потоку документации между сторонами³³;

³¹ Согласно официальным комментариям к ЕТК. Статья 2-207 применяется также в случаях, когда соглашение между сторонами было достигнуто устно или в ходе неформальной переписки, после чего стороны (или одна из сторон) присылают друг другу письменное подтверждение (*written confirmation*), т.е. формальный меморандум, содержащий условия, о которых стороны договорились между собой (согласно ст. 2-201 ЕТК), и при этом добавляют в него условия, которые не обсуждались. Такой способ соблюдения письменной формы договора международной купли-продажи рассматривался ранее в данной статье. Следует еще раз подчеркнуть, что поскольку норма о письменной форме внешнеэкономической сделки, закрепленная в п. 3 ст. 162 ГК РФ, является сверхимперативной материальной нормой, толкование того, что понимается под письменной формой договора, должно производиться по российскому праву.

³² См., например: *Асосков А.В.* Определение права, применимого к различным аспектам соглашений о выборе права // *Вестник гражданского права*. 2011. № 2. С. 102–103.

³³ См.: *Maria del Pilar Perales Viscasillas*. *Op. cit.*

2) теория «первого выстрела» (первого слова) (*first shot rule*), согласно которой применяются условия соответственно первой проформы³⁴. Эта теория нашла свое воплощение, в частности, в п. 1 ст. 2-207 ЕТК, согласно которой договор не считается заключенным, «если акцепт поставлен под условие, что offerent должен дать согласие на дополнительные или отличные условия, содержащиеся в акцепте»;

3) теория «нокаута» (*knock-out rule*), которая исходит из того, что противоречащие друг другу положения проформ исключаются, а договор признается заключенным на совпадающих условиях³⁵. ЕТК в основном воспринял теорию «нокаута», однако со своими особенностями (в отличие, например, от Венской конвенции). Теория «нокаута» имеет свои недостатки, так как противоречащие друг другу условия в договор не включаются, а стороны, определяя содержание договора, выбирают наиболее благоприятные для себя условия, в случае противоречия между ними, контрагенты будут вынуждены следовать нежелательным или минимальным (зачастую) требованиям, предусмотренным нормами применимого права. Например, в случае конфликта между арбитражными оговорками в результате может оказаться, что спор будет подлежать рассмотрению государственным судом.

Частичному ответу на вопрос, включаются ли отличные или дополнительные к оферте условия, содержащиеся в акцепте, в договор, посвящен п. 2 ст. 2-207 ЕТК, согласно которому: если стороны являются оптовыми торговцами, *дополнительные условия* акцепта включаются в договор, за исключением следующих случаев: а) «оферта прямо ограничивает акцепт условиями самой оферты»; б) дополнительные условия, на которых предоставлен акцепт, «существенно изменяют оферту»; в) «оферент заявил свои возражения на дополнительные к оферте условия в течение разумного срока после получения акцепта».

Таким образом, в п. 2 ст. 2-207 ЕТК указывается только на дополнительные условия, которые могут быть включены в договор, за исключением некоторых случаев, и, поскольку нет указаний относительно того, будут ли включаться отличные от оферты условия в договор, в американской правовой доктрине и в американской судебной практике существуют три варианта решения данного вопроса:

1) ситуация, когда акцепт содержит отличные от оферты условия, также подпадает под регулирование п. 2 ст. 2-207 ЕТК (как указано, например, в официальных комментариях к ЕТК);

2) противоречащие друг другу условия исключаются (теория «нокаута»). Данная позиция поддерживается, например, Джеймсом Уайтом³⁶, который ссылается на п. 3 ст. 2-207 ЕТК, согласно которому, если документация (*writings*)

³⁴ См., например: *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 103.

³⁵ См.: Там же.

³⁶ См.: *James J. White, Robert S. Summers.* Uniform Commercial Code. 3d. ed. 1995. P. 34–35.

сторон не может свидетельствовать о заключении договора, но «поведение сторон показывает, что они признают его существование», договор считается заключенным на условиях, о которых стороны договорились согласно своей документации;

3) отличные условия, содержащиеся в акцепте, в договор не включаются, и условия оферты имеют преимущество, и, как указывает, например, профессор Саммерс (*Summers*), п. 3 ст. 207 ЕТК относится исключительно к случаям, когда стороны обмениваются письменными подтверждениями (*written confirmations*) о заключении договора.

Следует отметить, что поскольку заключение действительного договора с участием российского контрагента невозможно на основании п. 3 ст. 2-207 ввиду сверхимперативности условия о письменной форме внешнеэкономической сделки, по нашему мнению, наиболее целесообразной является позиция ученых о том, что акцепт с отличающимися от оферты условиями также подпадает под действие п. 2 ст. 2-207 ЕТК, и позиция, согласно которой отличающиеся от оферты условия в договор не включаются, и условия оферты имеют преимущество. Скорее всего, американский суд при возникновении спора о конфликте проформ, если условия акцепта будут противоречить условиям оферты, также либо рассмотрит регулирование акцепта на отличных условиях с позиций п. 2 ст. 2-207 ЕТК, либо отдаст предпочтение условиям оферты. Как отмечает Уильям Бернам: «Многие суды склоняются к общей точке зрения, что *противоречащие* условия отменяют друг друга и “исключаются” из договора»³⁷.

Рассмотрим ситуацию, когда акцепт существенно не меняет условий оферты.

Допустим, продавец посылает оферту, в которой указано, что товар должен быть упакован в безопасной упаковке. Покупатель присылает акцепт, в котором указывается, что товар должен быть упакован в новой упаковке. Если акцепт был определенный и своевременный, согласно ст. 2-207 ЕТК договор будет считаться заключенным, и содержание договора будет зависеть от следующих обстоятельств:

1) если суд решит, что регулирование акцепта на отличных условиях также подпадает под действие п. 2 ст. 2-207 ЕТК, то условием договора будет положение о том, что товар должен быть упакован в новой упаковке;

2) если суд решит, что в данной ситуации условия оферты имеют преимущество, то условием договора будет являться положение о том, что товар должен быть упакован в безопасной упаковке³⁸.

Таким образом, однозначности в решении вопроса, будут ли отличные от оферты условия, содержащиеся в акцепте, включаться в договор, по американ-

³⁷ Бернам У. Указ. соч. С. 665–666. Уильям Бернам также отмечает: «Как это ни странно, но два крупных эксперта по ЕТК, Уайт и Саммерс, расходятся во мнениях о том, как должен решаться... вопрос о противоречащих условиях».

³⁸ *Maria del Pilar Perales Viscasillas*. Op. cit.

скому праву – нет. Соответственно, важно не допускать противоречий в условиях оферты и акцепта между собой.

Что же касается дополнительных условий, то по американскому праву они (как уже было указано ранее) включаются в договор, если только оферта не ограничивает акцепт условиями самой оферты, если они существенно не меняют оферту³⁹ и если оферент не возразит против дополнительных условий в течение разумного срока.

В ЕТК прямо не раскрывается, какие условия считаются существенно изменяющими оферту. В официальных комментариях к ЕТК указывается, что это такие «условия, которые могут вызвать удивление у оферента или приведут к трудностям для него». Также в официальных комментариях к ЕТК приводятся примеры типичных условий, приводящих к существенному изменению оферты, среди них следующие: а) условия, согласно которым признаются недействительными такие стандартные гарантии, как гарантия пригодности товара к продаже (*warranty of merchantability*) или гарантия пригодности товара к использованию по назначению (*warranty of fitness*) в обстоятельствах, в которых такие гарантии обычно заявляются; б) условия, предусматривающие обязательную гарантию на поставку от 90 % до 100 % количества товара, если при этом обычаи делового оборота позволяют более благоприятные условия для поставщиков в отношении количества поставляемого товара; в) условия, позволяющие продавцу отказаться от исполнения договора, если покупатель не оплачивает товар; г) условия, согласно которым претензии могут быть заявлены в срок, который значительно меньше обычного, разумного срока⁴⁰.

Условия, содержащиеся в акцепте, которые существенно не меняют оферту, по американскому праву, это: а) условия, устанавливающие и несущественно увеличивающие перечень обстоятельств, при наступлении которых продавец освобождается от ответственности (обстоятельства вне контроля); б) условия, предусматривающие разумный срок для заявления претензий в обычных временных рамках; в) в случае последующей перепродажи товара условия, предусматривающие проверку товара при получении его последующим покупателем; г) условия, предусматривающие уплату процентов за просрочку в оплате товара; д) условия, ограничивающие право на отказ от дефектного товара в пределах обычаев делового оборота, или каким-либо иным образом ограничивающие возмещение ущерба в разумной форме⁴¹.

Таким образом, если оферта и акцепт идентичны друг другу, за исключением того, что ответ на оферту содержит, например, арбитражную оговорку,

³⁹ В новой версии ст. 2-207 ЕТК (измененной в 2003 г.) тест на существенность условий был исключен, сместился фокус с определения того, какие условия не включаются в договор, к определению того, какие условия сторонами согласованы: условия, о которых стороны договорились формируют договор, при том, что остальные условия отклоняются.

⁴⁰ См., например: *Resseguie D. Op. cit. P. UCC-107.*

⁴¹ См.: Там же.

то, при соблюдении условия п. 1 ст. 2-207 ЕТК (акцепт определенный и заявлен вовремя), договор считается заключенным, однако существенно меняющее оферту условие о разрешении спора в арбитраже не будет в него включаться⁴².

В отличие от американского, в российском праве акцепт приобретает юридическую силу, если он полный, т.е. выражает одобрение всем условиям, указанным в оферте, и безоговорочный, т.е. не содержит никаких дополнительных условий. Согласно ст. 443 ГК РФ, ответ на иных условиях, чем предложено в оферте, не является акцептом. Это будет встречная оферта.

Согласно Венской конвенции, акцепт должен быть безоговорочным, и если он содержит дополнения, ограничения или другие изменения, он считается отклонением оферты (п. 1 ст. 19 Венской конвенции⁴³). По существу, Венская конвенция повторяет правило «зеркального отражения» (*mirror image rule*), согласно которому, как уже указывалось ранее, акцепт должен быть зеркальным отражением оферты⁴⁴. Однако, как отмечается, в частности, М.Г. Розенбергом: «В интересах торговой практики из этого общего правила сделано важное исключение для случаев, когда в ответе на оферту, который имеет целью служить акцептом, содержатся дополнительные или отличные условия, существенно не меняющие условия оферты» (п. 2 ст. 19 Венской конвенции)⁴⁵. Если в течение разумного срока от оферента не поступит возражений относительно дополнительных, отличных и существенно не меняющих оферту условий, то это предполагает согласие на включение таких условий в договор. Следует обратить внимание, что «в данном случае в силу Венской конвенции молчание оферента имеет эффект подтверждения согласия с предложением акцептанта изменить оферту»⁴⁶.

Венская конвенция, в отличие от ЕТК, содержит перечень условий, существенно меняющих оферту, однако, этот перечень не является закрытым. Согласно Венской конвенции (п. 3 ст. 19), это условия в отношении цены, платежа, качества и количества товара, места и срока поставки, объема ответственности одной из сторон перед другой, а также условия, касающиеся разрешения споров между сторонами. Мы согласны с мнением М.Г. Розенберга, что существенно изменяющими условия оферты могут быть признаны условия «только с учетом конкретных обстоятельств сделки»⁴⁷.

⁴² См., например: *Maria del Pilar Perales Viscasillas*. Op. cit.

⁴³ Существуют разные точки зрения по вопросу о том, применяется ли ст. 19 Венской конвенции к разрешению конфликта проформ. Мы согласны с позицией тех ученых, которые полагают, что поскольку все условия договора должны иметь одинаковое значение, написаны ли они в проформе или в обычном документе (если и проформа и документ являются офертой или акцептом). Статья 19 Венской конвенции также должна применяться к разрешению конфликта проформ.

⁴⁴ См., например: *Di Matteo*. Op. cit. P. 227.

⁴⁵ См.: *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 4-е изд., испр. и доп. М., 2010. С. 89.

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ Там же.

Можно прийти к выводу, что ответ на оферту, который имеет целью служить акцептом, на отличных или дополнительных условиях по российскому праву акцептом не признается; согласно Венской конвенции, признается акцептом, если не содержит существенно меняющих оферту условий, и если оферент не возразит против этих расхождений; и по американскому праву признается акцептом, если только ответ на оферту не ставится в зависимость от согласия оферента на отличные или дополнительные условия.

Таким образом, заключая договор международной купли-продажи товаров с фирмой из США, российский контрагент при выборе американского права в качестве применимого к договору и при исключении действия Венской конвенции, должен принимать во внимание более гибкий подход американского права к процессу заключения договора. Несмотря на установленные американским правом способы заключения договора, следует помнить о сверхимперативной норме российского права о письменной форме внешнеэкономической сделки. Для того чтобы в случае возникновения спора договор мог быть принудительно исполнен в судебном порядке, необходимо включать в договор условие о наименовании и количестве товара. Ввиду неоднозначности подходов, закрепленных в американском праве в решении вопроса о том, включаются ли в договор отличающиеся от оферты условия акцепта, – избегать противоречий в содержании оферты и акцепта. Соблюдение этих условий поможет создать надежный фундамент для реализации трансграничных отношений купли-продажи, в частности, между контрагентами из России и США.